最高法院刑事判決

115年度台上字第1039號

上　訴　人　曾心鳳

上列上訴人因加重詐欺等罪案件，不服臺灣高等法院高雄分院中華民國114年10月29日第二審判決（114年度上訴字第518號，起訴案號：臺灣高雄地方檢察署112年度偵字第6678、14155號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

理　由

壹、加重詐欺部分

一、按刑事訴訟法第377條規定，上訴於第三審法院，非以判決違背法令為理由，不得為之。是提起第三審上訴，應以原判決違背法令為理由，係屬法定要件。如果上訴理由書狀並未依據卷內訴訟資料，具體指摘原判決不適用何種法則或如何適用不當，或所指摘原判決違法情事，顯與法律規定得為第三審上訴理由之違法情形，不相適合時，均應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。

二、本件原審以上訴人曾心鳳經第一審判決論處上訴人犯如其附表一編號（下稱編號）1至13、15、16所示以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財（下稱加重詐欺）各罪刑，並定其應執行刑，及為相關之沒收宣告後，上訴人明示僅就第一審判決之刑提起上訴，經原審審理結果，維持第一審關於編號1至13、15、16所示部分所處之刑及定應執行刑，駁回其此部分在第二審之上訴。已詳敘審酌所憑之依據及判斷之理由。

三、刑法第59條之酌量減輕其刑，必於犯罪之情狀顯可憫恕，認科以最低刑度仍嫌過重者，始有其適用。至是否酌量減輕被告之刑，則屬實體法上賦予法院得依職權裁量之事項。又刑

及執行刑之量定，均屬為裁判之法院裁量之職權。原判決已詳敘上訴人之犯罪情狀，如何不符上述酌減其刑之要件。屬其裁量職權之適法行使，尚難指為違法。關於量刑，原判決亦已敘明第一審判決就上訴人所為本件犯行，以其之責任為基礎，分別具體斟酌刑法第57條所列各款事項（包括其犯罪動機，其未與告訴人達成和解或調解，均未賠償告訴人所受損害，及其生活經濟狀況等情狀），而為量刑，及依刑法第51條第5款規定，定其應執行之刑。核屬妥適，予以維持。既未逾越法定刑度，亦無違背公平正義之情形，屬裁量職權之適法行使，要難指為違法。上訴意旨以：上訴人因配偶過世，無力扶養小孩，不得已為本件犯行，客觀上足以引起一般人同情，顯可憫恕。原審未依刑法第59條規定酌減其刑，有所不當。又其願與告訴人調解，盡力彌補告訴人所受損失，請從輕量刑等語。核係對原審裁量之職權行使及原判決已斟酌說明之事項，依憑己意而為指摘，並非適法上訴第三審之理由。

四、依上所述，上訴人此部分上訴違背法律上之程式，應予駁回。

貳、詐欺取財部分

一、刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之案件，就經第一審判決有罪，而第二審駁回上訴或撤銷並自為有罪判決者，不得上訴第三審法院。該法條規定甚為明確。案件是否屬於刑事訴訟法第376條第1項所列各罪之範圍，固不以起訴書或自訴狀所記載之法條為據，亦不以第二審判決時所適用法條為唯一之標準，而應以起訴書或自訴狀所記載之事實為準，並視當事人在第二審言詞辯論終結前對於罪名有無提出爭執，以為審斷。至檢察官如以不屬於第376條第1項所列之罪提起公訴，經第二審法院變更起訴法條改以第376條第1項所列之罪判決者，除非被告爭執應為較輕之非同條項所列之罪，或合於同條項但書例外得上訴第三審之要件，否則被告仍不得上訴於第三審法院。

二、本件原審以上訴人經第一審判決變更檢察官所引刑法第339條之4第1項第3款之起訴法條，論處上訴人如編號14所示犯刑法第339條第1項之詐欺取財罪（第一審判決附表一之主文欄誤載為「以網際網路對公眾散布而犯詐欺取財罪」）刑後，上訴人明示僅就第一審判決之刑提起上訴，經原審審理結果，維持第一審之量刑，駁回其此部分在第二審之上訴。上訴人於原審復未爭執應為較輕之非刑事訴訟法第376條第1項所列之罪，核屬刑事訴訟法第376條第1項第5款所定不得上訴於第三審法院之案件，且無同項但書規定得提起第三審上訴之情形。依上述說明，自不得上訴於第三審法院，且此不得上訴為法所明定，不因原判決正本末尾附記得上訴之旨而受影響。上訴人猶提起上訴，顯為法所不許，應予駁回。

據上論結，應依刑事訴訟法第395條前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　8　　日

刑事第四庭審判長法　官　李英勇

法　官　高玉舜

法　官　林怡秀

法　官　楊皓清

法　官　楊智勝

本件正本證明與原本無異

書記官　魏至言

中　　華　　民　　國　　115　　年　　4　　月　　14　　日